

A. I. Nº - 281071.0023/15-3
AUTUADO - 3M DO BRASIL LTDA.
AUTUANTE - CARLOS RAMOS DE MIRANDA FILHO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 14/03/2017

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0027-03/17

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. **a)** RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS. Ajustes realizados pelo autuante quando da informação fiscal reduziram o valor originalmente lançado. Infrações parcialmente caracterizadas. **b)** FALTA DE RETENÇÃO E CONSEQUENTE RECOLHIMENTO. Comprovado nos autos que o contribuinte realizou recolhimento de parte do imposto cobrado. Infrações parcialmente subsistentes. Rejeitada preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 30/06/2016, exige crédito tributário no valor de R\$127.785,26, acrescido da multa de 60%, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 - 08.15.02 - procedeu a retenção a menos do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro de 2011 a setembro de 2012, no valor de R\$67.815,66;

Infração 02 - 08.15.03 - deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de outubro e dezembro de 2013, no valor de R\$127,94;

Infração 03 - 08.36.01 - procedeu a retenção a menos do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro de 2011 a fevereiro de 2013, no valor de R\$40.388,61;

Infração 04 - 08.38.03 - procedeu a retenção a menos do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, (Protocolo 109/09), nos meses de janeiro a julho de 2013, no valor de R\$2.720,43;

Infração 05 - 08.49.01- deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de fevereiro de 2012, outubro a dezembro de 2013, no valor de R\$1.240,85;

Infração 06 - 08.49.02 - procedeu a retenção a menos do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro a abril de 2013, no valor de R\$15.491,77.

O Autuado ingressa com defesa fls.243/256. Repete a acusação fiscal. Esclarece que concorda em parte com a autuação e efetuou o recolhimento parcial do débito ora constituído, conforme comprova a anexa guia.

Sobre as infrações 01 e 03, diz que o Auditor Fiscal entendeu que teria efetuado a retenção e o recolhimento do ICMS, a menor, na qualidade de substituto tributário, concernente ao período de janeiro de 2011 a setembro de 2013. Diz que o presente lançamento tributário se deu em 05/07/2016 quando da intimação da Impugnante. Entende restar claro que as operações concernentes ao período de janeiro a junho de 2011 encontram-se extintas pela decadência, com base nos §§ 1º e 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional.

Diz que nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, o qual se traduz na antecipação do pagamento pelo sujeito passivo para posterior manifestação da Fazenda Pública, a decadência opera-se quando decorridos cinco anos após a ocorrência do fato imponible do tributo, por expressa determinação legal.

Afirma que dúvidas não há, que as competências de janeiro a junho de 2011, referentes às exigências do ICMS, foram colhidas pela decadência, não mais podendo ser objeto de lançamento por parte da Fazenda Pública, eis que houve a antecipação do recolhimento do tributo. Cita jurisprudência do STJ sobre a matéria.

Argui a improcedência parcial da ação fiscal em decorrência da extinção do crédito pela decadência, nos termos do artigo 156, inciso V, do Código Tributário Nacional.

No que diz respeito a infração 01, diz que os produtos farmacêuticos, inseridos no Protocolo ICMS 105/09, ainda que não reconhecida a decadência, não há como prevalecer no presente auto de infração, nem a imposição de multa, concernente ao período de janeiro a maio de 2011, eis que a diferença pretendida se refere à aplicação do MVA ajustada de 58,37% pela fiscalização, quando o correto seria 49,03%, aplicado pela Impugnante. Afirma que os produtos fiscalizados encontram-se inseridos na Cláusula Terceira e Anexo Único do Protocolo ICMS 105/09, redação vigente até 31.05.11, cujo teor transcreve.

Sustenta que a alteração concernente à apuração da base de cálculo, com a aplicação da MVA de 58,37%, se deu com o Convênio ICMS 104/08 com efeitos a partir de 01.06.2011. Assim, com relação às operações realizadas no período de janeiro a maio de 2011, não há as diferenças lançadas pela fiscalização, o que enseja a revisão do lançamento tributário. Reconhece as operações posteriores a maio de 2011, como devidas e afirma que procedeu ao recolhimento do crédito tributário.

Sobre a infração 02, produtos farmacêuticos - ausência de retenção - Protocolo ICMS 105/09, diz que a fiscalização constituiu crédito de ICMS concernente aos produtos classificados na posição nº 4015.19.00, entendendo tratar-se de luva cirúrgica, aplicando a substituição tributária disciplinada no Protocolo ICMS nº 105/09.

Explica que da simples análise do Boletim Técnico do produto, verifica-se que se trata de luva para uso doméstico, não se enquadrando no conceito de luvas cirúrgicas, tão pouco de luvas de procedimento, concluindo que o aludido produto não está sujeito à substituição tributária.

No tocante a infração 03, diz que a fiscalização constituiu crédito tributário referente a materiais de limpeza, por entender ter havido recolhimento a menor nos termos do Protocolo ICMS 106/09. Ressalta que parte das mercadorias glosadas foi objeto de pagamento pela Impugnante. Contudo, com relação a alguns produtos entende que não estão incluídos no Protocolo ICMS 106/09, pois não são materiais de limpeza.

Explica que no tocante às mercadorias classificadas na posição 6805.30.10, conforme comprova Boletim Técnico do produto Clean Sanding (doc. 4), não se trata de esponja de limpeza, mas sim de abrasivo natural, incluído no Protocolo ICMS 104/09, sujeitos ao MVA 57,99%, tal como recolhido pela Impugnante. Entende que está equivocado o presente lançamento tributário, eis

que a retenção foi devidamente efetuada pela Impugnante nos exatos termos do Protocolo ICMS 104/09.

Acrescenta que com relação aos produtos classificados na posição 6805.30.90, da mesma forma, não se trata de esponja de limpeza, nos termos dos Boletins Técnicos, havendo uma variedade enorme de produtos, os quais, da simples análise dos referidos boletins já se verifica que não estão inclusos no Protocolo ICMS 106/09, mas sim no Protocolo 104/09. Sustenta que quase a totalidade dos produtos são abrasivos, portanto, não se tratam de esponja de limpeza. Diz haver alguns produtos que são considerados esponjas, contudo, destinados exclusivamente para construção civil. Com relação aos demais produtos incluídos nesta infração, a Impugnante concordou com a autuação e efetuou o recolhimento dos tributos.

Com relação à infração 04, a Impugnante concorda com a autuação e efetuou o recolhimento do crédito tributário.

Relativamente a infração 05, com relação ao produto constante da nota fiscal nº 644204, ressalta que o valor apurado pela fiscalização encontra-se equivocado, pois não efetuou o desconto do ICMS próprio, portanto, a diferença apurada pela Impugnante foi objeto de recolhimento.

No tocante aos produtos constantes das notas fiscais 874439 e 955892, classificados nas posições 4811.41.10 e 4811.41.90, afirma que os mesmos, não constam do Protocolo ICMS 104/09, portanto, não estão sujeitos à substituição tributária. Ainda neste item, diz que a fiscalização pretende a cobrança do ICMS no regime de substituição tributária com relação aos produtos das notas fiscais 874441 e 902601, classificados na posição 3925.9090. Assevera que conforme comprovam os anexos Boletins Técnicos, os aludidos artigos se tratam de produtos de decoração e não destinados à construção civil, portanto, não inseridos no Protocolo ICMS 104/09.

No que tange à infração 06, esclarece que irá impugnar a autuação com relação à fita isolante classificada na posição 39.19.10.00. Afirma que da análise da autuação, as operações apuradas se deram no ano de 2013, portanto, aplica-se o item 24.7, do Anexo I, do RICMS/BA. A fiscalização aplicou a MVA de 77,04%, contudo, a MVA correta seria de 72,31%, nos termos do disposto no item 24.70 do Anexo I do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, por se tratar de fitas isolantes, e nesse caso, não há diferença a ser recolhida pela Impugnante. Declara que os demais produtos foram objeto de pagamento. Conclui pela improcedência do auto de infração.

O Autuante em informação fiscal fls.392/396, afirma que a lavratura do auto de infração teve por fundamento a constatação de divergências no cálculo do ICMS Substituição Tributária em diversas notas fiscais emitidas pela autuada, no período entre 01/01/2011 e 31/12/2013, nas operações de saídas de mercadorias para destinatários situados no Estado da Bahia.

Diz que a autuada requer o reconhecimento da decadência quanto ao imposto incidente sobre as operações realizadas no período de janeiro a junho de 2011, considerando que o lançamento tributário se deu em 05/07/2016, quando da intimação fiscal.

Entende que se aplica ao caso, salvo melhor juízo, as disposições contidas na Lei 3.956/81, Código Tributário do Estado da Bahia, conforme artigo 107-A, cujo texto reproduz. Diz que o argumento de decadência não prospera, não existindo fundamento para descaracterizar a autuação.

Sobre a infração 01, aduz que a autuada alega que a diferença cobrada relativa ao período de janeiro a maio de 2011, se deve à MVA ST ajustada utilizada pela fiscalização, da ordem de 58,37%, quando o correto seria 49,03%, uma vez que o fundamento era o Protocolo ICMS 105/99, conforme Anexo Único vigente até 31/05/2011. O percentual de 58,37% somente teria entrado em vigor a partir de 01/06/2011, com o Convênio ICMS 104/08.

Declara que assiste razão à autuada quanto a este pleito. Explica que de fato, até 31/05/2011 prevaleceu a MVA ST ajustada de 49,03%, correspondente à MVA ST original de 33%, conforme Anexo Único do Protocolo ICMS 105/09. Tais valores foram alterados após o Protocolo ICMS

23/2011 e despacho do Secretário-Executivo do CONFAZ número 71/11, sendo modificada a MVA ST original para 41,34% e desse modo, passou a MVA ST Ajustada aplicável aos produtos em questão para o percentual de 58,37%. Declara acatar o argumento da defesa quanto ao período de janeiro a maio de 2011. Quanto às operações posteriores a essa data, diz que a autuada concorda com a autuação e recolheu o valor do crédito tributário (fl. 387).

Informa que o débito do ICMS Substituição Tributária relativo à infração 01 - 08.15.02 deverá ser reduzido para o valor de R\$ 52.556,98, acrescido das demais cominações legais.

Sobre a infração 02, diz referir-se a autuação aos produtos classificados na posição nº 4015.19.00, classificados como "Luva Cirúrgica", item 32.4 do Anexo 1, do RICMS/BA. Afirma que a autuada apresenta boletim técnico do produto, indicando tratar-se de produto para uso doméstico, não se enquadrando no conceito de luvas cirúrgicas e dessa forma não sendo alcançada pelo Protocolo 105/09. Declara acatar o argumento da autuada e afirma que a infração 02 não deve ser considerada procedente.

No que tange a infração 03, diz que a impugnante reconhece, em parte, a procedência da autuação e declara ter realizado o recolhimento referente aos itens sobre os quais não há controvérsia. Aduz que o autuado considera que algumas das mercadorias objeto de autuação não deveriam ter sido classificadas como material de limpeza e estariam fora do alcance do Protocolo ICMS 106/09. Cita as mercadorias classificadas na posição 6805.30.10 e apresenta o Boletim Técnico do produto "Clean Sanding" demonstrando que o mesmo não se trata de esponja de limpeza, mas sim de abrasivo natural, portanto, incluído no Protocolo ICMS 104/09, sujeitos ao MVA 57,99%, tal como teria aplicado. Emprega o mesmo argumento para os produtos classificados na posição 6805.30.90, que ao contrário do que foi considerado pelo autuante, não corresponderiam a esponjas de limpeza, mas sim a produtos abrasivos. Apresenta boletins técnicos às fls. 284 a 363 com as características detalhadas dos produtos em questão.

O autuante, com base nos boletins técnicos apresentados pela autuada em sua peça de defesa, revela acatar as alegações defensivas. Diz que de fato, os produtos classificados na NCM 6805.30.10 correspondem a abrasivos e, portanto devem ser enquadrados no Protocolo 104/09, item 24.30 do Anexo I do RICMS/BA. Informa ter feito os cálculos com a MVA correta e para tais produtos afirma que não verifica qualquer divergência. Quanto aos produtos classificados na NCM 6805.30.90, diz que foi realizada também a revisão nos cálculos, sendo excluídos aqueles que não correspondem a esponjas de limpeza, permanecendo somente as divergências relativas a tais itens. Informa que o valor do débito do ICMS Substituição Tributária relativo à infração 03 - 08.36.01 deverá ser reduzido para o valor de R\$ 39.203,46, acrescido das demais cominações legais. Constata que a Impugnante concorda com a autuação e efetuou o recolhimento do crédito tributário no que se refere a infração 04.

Quanto a infração 05, afirma que a autuada reconhece a divergência relativa à Nota Fiscal nº 644204, e relata ter feito o recolhimento devido. Questiona, porém, a autuação quanto aos produtos constantes das notas fiscais 874439 e 955892, classificados nas posições 4811.41.10 e 4811.41.90, e argumenta que os mesmos não constam do Protocolo ICMS 104/09, portanto, não estariam sujeitos à substituição tributária. Questiona igualmente, as diferenças apuradas pela fiscalização quanto aos produtos das notas fiscais 874441 e 902601, classificados na posição 3925.9090, apresentando Boletins Técnicos que descrevem as mercadorias, argumentando que as mesmas se tratam de artigos de decoração e não destinados à construção civil, portanto, não inseridos no Protocolo ICMS 104/09. Declara acatar os argumentos da autuada. Diz que o valor do débito do ICMS Substituição Tributária relativo à infração 05 - 8.49.01 deverá ser reduzido para o valor de R\$ 27,70, acrescido das demais cominações legais.

No que tange a infração 06 constata que a impugnação se refere ao produto "fita isolante", classificada na posição 3919.10.00. Diz que o autuado questiona a aplicação, no exercício de 2013, da MVA de 77,04%, quando o percentual correto seria de 72,31% conforme o item 24.70 do Anexo I do RICMS/BA.

Salienta ter efetuado a revisão dos cálculos pertinentes, sendo o enquadramento correto aquele relativo ao item 24.7 do Anexo I do RICMS/BA, que determina a MVA ST de 70,31% nas operações relativas à alíquota de origem da ordem de 7%. Após os novos cálculos apura que a autuada tem razão em parte, devendo ser reduzido o valor do débito para R\$ 10.187,88.

Opina que o presente auto de infração deve ser julgado Parcialmente Procedente, reduzindo-se seu valor histórico para R\$ 104.696,44, com os demais acréscimos estabelecidos pela legislação vigente.

Acosta às fls. 388 e 389, a primeira e a última página impressa do documento "Anexo 02", que corresponde à revisão efetuada nos cálculos originais que deram suporte à autuação. Este demonstrativo se encontra também gravado no DVD contido no envelope à fl. 390. Acosta ainda à fl. 391 o documento "Anexo 03", o qual apresenta os novos valores do débito para cada infração, após considerar as alegações da defesa.

O autuado voltou a se manifestar fls. 401/402. Diz que o Auditor Fiscal ao analisar as razões de defesa apresentadas entendeu por bem acatar parcialmente, para reduzir o crédito tributário constituído. Constatou que as razões de defesa que foram acatadas parcialmente se referem às infrações constantes nos itens: 08.36.01 – Material de Limpeza (infração 05) e 08.49.02 – Materiais de Construção (infração 06).

Observa que com relação aos materiais de limpeza, a diferença se refere aos produtos classificados na NCM 6805.30.90, consideradas pela fiscalização como esponjas de limpeza. Contudo, conforme devidamente alegado na defesa e comprovado, trata-se de diversos produtos que não estão enquadrados no Protocolo 106/09, mas sim no Protocolo 104/09.

Registra que da análise da informação fiscal e do recálculo dos valores, verifica que a fiscalização manteve a autuação com relação aos discos removedores, safety walk, folhas multi flex, disco polidor, folhas acabamento, dentre outros. Contudo, conforme os diversos boletins técnicos anexados à impugnação, assevera que não se tratam de esponjas de limpeza, mas sim de produtos abrasivos.

Reitera as razões de sua defesa, a fim de que seja verificada a natureza de cada produto relacionado pela fiscalização, juntamente com o seu boletim técnico, para que se proceda ao cancelamento do crédito tributário, requerendo, ainda, com relação ao presente item, a extinção do crédito recolhido no montante de R\$ 8.449,18, já anteriormente recolhido pela Impugnante.

No tocante à infração 06 - 08.49.02 – materiais de construção, a fiscalização acatou parcialmente as razões de defesa e a única divergência se refere à aplicação da MVA ST, o qual foi adequado para 70,31% referente às operações relativas à alíquota de origem da ordem de 7%.

Por último, esclarece que com relação à Infração 05 - 08.49.01, o crédito mantido foi objeto de recolhimento por parte da Impugnante, contudo, o valor correto é de R\$ 21,33 e não R\$ 27,70.

Em nova informação fiscal, fl.401, o autuante diz que considerando as novas informações apresentadas pela autuada, contidas nos documentos acostados ao presente PAF, procede à revisão dos cálculos pertinentes à infração 03 – Material de Limpeza – Protocolo ICMS 106/09 - código 08.36.01.

Acata as alegações da autuada quanto aos produtos classificados na NCM 6805.30.90. Efetua novos cálculos, excluindo os itens que não correspondem a esponjas de limpeza, conforme documentos descritivos apresentados pela defesa. Declara que o valor do débito do ICMS Substituição Tributária relativo à infração 03 - 08.36.01 deverá ser reduzido para o valor de R\$ 8.459,25, acrescido das demais cominações legais.

Acosta ao PAF o demonstrativo “Anexo 04” contendo os valores detalhados dos débitos apurados na infração 03 - 08.36.01, bem como “Anexo 05”, que apresenta novo demonstrativo de débito global, com os cálculos definitivos.

Propõe que o presente auto de infração deve ser julgado, salvo melhor juízo, como Parcialmente Procedente, reduzindo-se seu valor histórico para R\$ 73.952,23, com os demais acréscimos estabelecidos pela legislação vigente.

O autuado volta a intervir no processo fls.513/514. Afirma que o Auditor Fiscal ao analisar a manifestação apresentada pela Impugnante retificou, novamente, o ato de lançamento tributário. Diz que da análise das informações verifica-se que todos os argumentos de defesa alegados pela Impugnante foram acatados pela fiscalização, portanto, o saldo remanescente mantido foi objeto de pagamento por parte da Impugnante. Requer, assim, o prosseguimento do feito com a consequente extinção do crédito pelo pagamento.

À fl. 518 o autuante diz que após as considerações feitas na segunda informação fiscal, acostada às fls. 486 a 507 do PAF, nada mais tem a acrescentar. O “Anexo 05” (fl.507) apresenta o novo demonstrativo de débito global, com os cálculos definitivos.

Consta às fls. 521/524 extrato de SIGAT/SICRED com pagamento dos valores reconhecidos pelo autuado.

VOTO

No presente lançamento está sendo exigido crédito tributário em razão de cinco infrações à legislação tributária, devidamente relatadas na inicial, impugnadas pelo autuado e que serão apreciadas conforme segue.

Compulsando os autos, vejo que o PAF está revestido das formalidades legais e o procedimento fiscal atende as normas regulamentares, não estando presentes nos autos qualquer dos motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99.

O defendente, em sua impugnação, afirmou que concordava com a procedência da infração 04, contestava a infração 02 e em parte as infrações 01, 03, 05 e 06 efetuando o recolhimento parcial do débito. Ficam mantidos os itens não impugnados, visto que sobre os mesmos não existe lide a ser apreciada.

O autuado arguiu a decadência no que diz respeito às infrações 01 e 03. Disse que o lançamento tributário se deu em 05/07/2016 quando da intimação da Impugnante e apresentou entendimento de que as operações concernentes ao período de janeiro a junho de 2011 encontram-se extintas pela decadência, com base nos §§ 1º e 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional.

Sobre a decadência, com o advento da Lei nº 13.199 de 29/11/2014, revogando o art. 107-A do COTEB, vem prevalecendo entendimento no CONSEF com anuência da PGE/PROFIS o entendimento de que, se a modalidade de lançamento é por homologação e o contribuinte declara e antecipa o pagamento, corretamente ou a menor, o termo inicial da contagem do prazo decadencial se dá na data da ocorrência do fato gerador, conforme o disposto no artigo 150, § 4º do CTN. Por outro lado, não havendo a declaração ou antecipação do pagamento, ou existindo a comprovada ocorrência de dolo, fraude ou simulação, o Fisco não tem como conhecer a data do fato gerador e, assim, o prazo inicial da decadência será contado a partir do primeiro dia do ano seguinte em que o lançamento deveria ter sido efetuado, conforme o art. 173, I do CTN.

No caso em exame, no tocante às infrações 01 e 03, como o imposto devido foi apurado mediante levantamento fiscal, não havendo imposto declarado no que pertine às diferenças apuradas via ação fiscal, concluo que se aplica a regra estabelecida no art. 173, inciso I, do CTN e a contagem se dá a partir do primeiro dia do exercício seguinte ao que o imposto deveria ter sido lançado.

Considerando que os itens 01 e 03, possuem fatos geradores do exercício de 2011, e o presente Auto de Infração foi lavrado em 30/06/2016, resta evidente que não se operou a decadência pretendida pelo autuado. Dessa forma, não acolho a preliminar de decadência arguida pelo defendente.

No mérito, o Auto de Infração trata da retenção a menos (infração 01) e falta de retenção (infração 02) do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Nas razões defensivas o autuado afirmou que no que tange a infração 01, o autuante cometeu equívocos no que concerne à MVA aplicada para apuração do imposto devido. Disse que os produtos farmacêuticos, inseridos no Protocolo ICMS 105/09, no período de janeiro a maio de 2011, a MVA aplicada foi de 58,37% pela fiscalização, quando o correto seria 49,03%, nos termos da Cláusula Terceira e Anexo Único, redação vigente até 31.05.11. Reconheceu os valores referentes às operações posteriores a maio de 2011, como devidas e procedeu ao respectivo recolhimento.

Sobre a infração 02, apontou como equívoco da fiscalização, entender que os produtos classificados na posição nº 4015.19.00, trata-se de luva cirúrgica este enquadrado no regime de substituição tributária, conforme Protocolo ICMS nº 105/09. Traz ao processo Boletim Técnico do produto, para comprovar tratar-se de luva para uso doméstico, não se enquadrando no conceito de luvas cirúrgicas ou de procedimento, fora, portanto do regime de substituição tributária.

Em sede de informação fiscal, o autuante acatou as razões de defesa diante das provas apresentadas. Declarou ter ajustado o demonstrativo referente a esta infração excluindo os valores referentes ao período de janeiro a maio de 2011. Quanto à infração 02 reconheceu que o produto consignado no levantamento fiscal não se trata de luvas cirúrgicas ou de procedimento e declarou que esta infração deve ser considerada improcedente.

Analisando os elementos que dizem respeito às infrações em comento, observo que de fato a MVA aplicável na apuração do quantum devido na infração 01, até 31/05/2011 era de 49,03%, correspondente à MVA ST original de 33%, conforme Anexo Único do Protocolo ICMS 105/09. Tais valores foram alterados após o Protocolo ICMS 23/2011 e despacho do CONFAZ 71/11, sendo modificada a MVA ST original para 41,34%. Desse modo, somente a partir de junho de 2011, passou a MVA ST Ajustada aplicável aos produtos em questão para o percentual de 58,37%.

Sobre a infração 02, concordo com o posicionamento do autuante que acatou boletim técnico do produto, indicando tratar-se de luvas para uso doméstico, não se enquadrando no conceito de luvas cirúrgicas ou de procedimento e dessa forma não sendo alcançada pelo Protocolo 105/09.

Dessa forma, a infração 01 é parcialmente procedente no valor ajustado pelo autuante que remanesce em R\$52.556,96 e a infração 02 é insubsistente, conforme demonstrativo fl.507.

A infração 03 se refere a retenção a menos do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Em sua defesa, o autuado argumentou que as mercadorias classificadas na posição 6805.30.10, e 6805.30.90 arroladas no levantamento fiscal como se fossem materiais de limpeza enquadrados no regime de substituição tributária, incluídos no Protocolo ICMS 106/09, não se trata de esponja de limpeza, mas sim, de abrasivo natural, incluído no Protocolo ICMS 104/09, sujeitos ao MVA 57,99%, conforme comprova Boletim Técnico do produto Clean Sanding (doc.4) e como tal, tiveram o respectivo imposto devidamente recolhido. Disse ainda, que alguns produtos considerados esponjas pelo autuante, são destinados, exclusivamente para construção civil.

Em sede de informação fiscal, o autuante afirmou que à vista dos boletins técnicos apresentados pelo autuado, concluiu que, de fato, os produtos classificados na NCM 6805.30.10 e 6805.30.90 correspondem a abrasivos e devem ser enquadrados no Protocolo 104/09, item 24.30 do Anexo I do RICMS/BA. Disse que procedeu à revisão dos cálculos, excluindo aqueles que não correspondem a esponjas de limpeza.

Considerando que o autuante realizou revisão com base nas provas apresentadas pelo autuado, acato os novos demonstrativos elaborados e a infração 03 remanesce no valor de R\$8.459,25.

No que diz respeito as infrações 05 e 06, o autuado foi acusado, respectivamente, de deixar de proceder a retenção e o consequente recolhimento, e proceder a retenção a menos do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

O defendente alegou que na infração 05, com relação ao produto constante da nota fiscal nº 644204, o valor apurado pela fiscalização encontra-se equivocado, pois não efetuou o desconto do ICMS próprio. Diz que com base no cálculo apurado de forma correta, efetuou o recolhimento. Sobre os produtos das notas fiscais 874439 e 955892, classificados nas posições 4811.41.10 e 4811.41.90, afirmou que os mesmos, não constam do Protocolo ICMS 104/09, portanto, não estão sujeitos à substituição tributária. De igual forma, alegou que os produtos das notas fiscais 874441 e 902601, classificados na posição 3925.9090 não se referem a produtos de decoração nem são destinados à construção civil, portanto, não são inseridos no Protocolo ICMS 104/09, nem estão enquadrados no regime de substituição tributária.

No que tange à infração 06, declarou que contesta aplicação da MVA de 77,04%, no que se refere à fita isolante classificada na posição 39.19.10.00, pois o MVA correto seria de 72,31%, nos termos do disposto no item 24.70 do Anexo I do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, para operações que se deram em 2013.

O autuante com relação a infração 05, reconheceu que produtos das notas fiscais 874439 e 955892, classificados nas posições 4811.41.10 e 4811.41.90, não constam do Protocolo ICMS 104/09. Disse acatar também, que os produtos das notas fiscais 874441 e 902601, classificados na posição 3925.9090, se trata de artigos de decoração e não destinados à construção civil, portanto, não inseridos no Protocolo ICMS 104/09. Declara acatar os argumentos da autuada e ajusta o levantamento fiscal reduzindo a infração 05 para o valor de R\$27,70.

No que tange a infração 06, concorda que o produto "fita isolante", classificada na posição 3919.10.00, no exercício de 2013, não se sujeitava a MVA de 77,04%, e sim de 72,31% conforme o item 24.70 do Anexo I do RICMS/BA. Disse ter revisado os cálculos pertinentes, sendo o enquadramento correto aquele relativo ao item 24.7 do Anexo I do RICMS/BA, que determina a MVA ST de 70,31% nas operações relativas à alíquota de origem da ordem de 7%.

Considerando os elementos de prova trazidos aos autos pelo autuado, acato os ajustes elaborados pelo autuante, pois estão em consonância com a legislação vigente. Após as correções levadas a efeito pelo fiscal, concluo que as infrações 05 e 06, são parcialmente subsistentes, remanescendo respectivamente, no valor de R\$27,70 e R\$10.187,88. Após julgamento, o auto de infração assume a seguinte configuração:

INFRAÇÕES	AUTO DE INFRAÇÃO	APÓS JULGAMENTO
Infração 01	67.815,66	52.556,96
Infração 02	127,94	0,00
Infração 03	40.388,61	8.459,25
Infração 04	2.720,43	2.720,43
Infração 05	1.240,85	27,70
Infração 06	15.491,77	10.187,88

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281071.0023/15-3**, lavrado contra **3M DO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do

imposto no valor de **R\$73.952,22**, acrescido da multa de 60% prevista no inciso V, alínea “a” do art. 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de fevereiro de 2017.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR